

# Hukuk ve Disiplinlerarasılık: Hukuk Araştırmalarının Kaçınılmaz Normatifliği Üzerine

Citation for published version (APA):

Smits, J. (2014). Hukuk ve Disiplinlerarasılık: Hukuk Araştırmalarının Kaçınılmaz Normatifliği Üzerine. *Hukuk Kuramı*, 2(6), 75-86.

## Document status and date:

Published: 01/01/2014

## Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

**HUKUK VE DİSİPLİNERARASILIK:  
HUKUK ARAŞTIRMALARININ  
KAÇINILMAZ NORMATİFLİĞİ ÜZERİNE**

**Jan M. Smits \***

**LAW AND INTERDISCIPLINARITY: ON  
THE INEVITABLE NORMATIVITY OF  
LEGAL STUDIES**

**Jan M. Smits**

Makalenin aslı "Law and Interdisciplinarity: On the Inevitable Normativity of Legal Studies" başlığıyla Critical Analysis of Law 1:1 (2014) ss. 75-86'da yayımlanmıştır. Çeviri, yazarın izniyle yayımlanmaktadır.

The original text of the article was published in the Critical Analysis of Law (1:1 (2014) pp. 75-86) under the title "Law and Interdisciplinarity: On the Inevitable Normativity of Legal Studies". Translation is published with the permission of the author.

**Türkçesi**

**Ertuğrul Uzun \*\***

**Translated by**

**Ertuğrul Uzun**

---

\* Maastricht Üniversitesinde Avrupa Özel Hukuku alanında öğretim üyesi; Helsinki Üniversitesi, Karşılaştırmalı Hukuk Araştırmaları alanında misafir öğretim üyesi.

\*\* Doç.Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, erugrulu@anadolu.edu.tr.

## I. Giriş

Hukuk araştırmalarının amacı nedir? Bu soru uzun süredir ortalıkta dolaşıyordu ancak yakın zamanda Kuzey Amerika ve Avrupa’da yeniden başat konuma geldi. Yirminci yüzyılın ikinci yarısında hukuk araştırmacılığını kökten değiştiren –Hukukun Ekonomik Analizinden Eleştirel Hukuk Çalışmalarına ve “Hukuk ve...” yaklaşımlarına uzanan- hareketler, Amerikan ve Kanada hukuk araştırmacılığında<sup>1</sup> yeni ortodoksi haline geldi, elbette ki kendilerine yönelmiş sert ve bitmek tükenmez eleştirilerle<sup>2</sup>. Bunun yakın zamandaki sonucu, hukukun otonomisi ve doktrinel [dogmatik] çalışmanın önemi hakkındaki yenilenen vurgudur<sup>3</sup>. Avrupa’da doktrinel hukuk çalışması daha çok karşılaştırmalı ve disiplinlerarası yaklaşımlara yer verir ve –çok sayıdaki eleştiriye rağmen<sup>4</sup>- halen hukuk araştırmacılarının yürüttüğü temel faaliyet tipini oluşturur.

Elinizdeki katkının amacı, disiplinlerarası hukuk çalışmalarının ve ona yönelik eleştirinin entelektüel tarihinin izini sürmek değil. Çok daha mütevazı bir gayem var. Hukuk metinleri ve normlarını disiplinlerarası şekilde ele almaya dair görüşümü ortaya koymak istiyorum. İleri sürmek istediğim temel iddia, disiplinlerarası hukuk çalışmalarının büyük oranda hukuk çalışmalarının merkezindeki tartışmadan -hukukun ne olması gerektiğine dair normatif sorudan- etkilendiği. Hukukta, bu soruya merkezi bir konum vermeden anlamlı bir disiplinlerarası çalışma yürütmek mümkün değil. Bu, disiplinlerarası

çalışmaları daha az önemli kılmaz, ama onları hukuki bağlama pek çok kişinin sandığından daha fazla yerleştirir.

İddiayı üç farklı bölümde ele alıyorum. Öncelikle, hem Kuzey Amerika’da hem de Avrupa’da hukuk araştırmacılığında görülen dört gelişmeyi tartışmak suretiyle mevcut durumun ana hatlarını çizeceğim (bölüm II). Bunu, bence neyin hukuk çalışmalarının temel amacını oluşturduğuna ve bunun disiplinlerarası çalışmayla ilişkisine dair bir betimleme izleyecek. Buradaki anlatımı hukuk çalışmalarının “kaçınılmaz normativitesi” dediğim şey tetikliyor (bölüm III). Bölüm IV bu görüşün gelecekteki akademik çalışma ve öğretimin bazı sonuçlarına bakarak makaleyi sonlandırıyor.

## II. Sahnenin Hazırlanması: Hukuk Araştırmacılığında Dört Gelişme

Hukuk araştırmalarının hâlihazırdaki durumunu bir kriz olarak karakterize etmek, bilinmedik bir şey değil<sup>5</sup>. Şüphesiz bunun nedeni, hukuk araştırmacılığının son birkaç on yılda geçirdiği hızlı ve köklü değişim. Hukukçu akademisyenler arasında hissedilen bu krize katkıda bulunan birbiriyle ilişkili dört gelişme var<sup>6</sup>.

İlk gelişme, hukuk araştırmacılığının gittikçe artan uzmanlaşma ve fragmantasyonla karakterize olması. Toplumun karmaşıklığının artması hukuk düzeninin incelenmesinde aşırı farklılaşmaya neden olmuştur. Bunun nedeni sadece hukukun anayasa hukuku, ceza hukuku ve özel hukuk gibi geleneksel alt dallarının genişlemesi değil,

<sup>1</sup> Critical Analysis of Law: Interdisciplinarity, Contextuality, and the Future of Legal Studies (<http://cal.library.utoronto.ca/public/journals/99/CAL.pdf>) [bundan sonra CAL minifestosu].

<sup>2</sup> Ör. bkz. Shai Lavi, Turning the Tables on “Law and ...”: A Jurisprudential Inquiry into Contemporary Legal Theory, 96 Cornell L. Rev. 811 (2010).

<sup>3</sup> Özellikle bkz. Symposium, The New Private Law, 125 Harv. L. Rev. 1639 (2012), ve, daha önce tarihli, ör. Ernest J. Weinrib, Corrective Justice (2012); Ernest J. Weinrib, The Idea of Private Law (1995); Jules L. Coleman, Risks and Wrongs (1992); aynı zamanda aşağıda Bölüm III’e bkz.

<sup>4</sup> Birleşik Krallık ve Hollanda’daki tartışma için ör. bkz. Jan Smits, The Mind and Method of the Legal Academic (2012); Almanya için karşı. Stefan Grundmann, Ein doppeltes Plädoyer

für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität, 68 Juristenzeitung 693 (2013), Christian Wolf’la birlikte, Perspektiven der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung, 46 Zeitschrift für Rechtspolitik 20 (2013).

<sup>5</sup> Bkz. Smits, supra note 4; Johannes Rux, Zum Anliegen der Rechtswissenschaft, 1 Rechtswissenschaft 3 (2010).

<sup>6</sup> Hem Almanya’da hem de Hollanda’da, hukuk araştırmacılığının mevcut durumunu karakterize eden, resmi kurumlardır. Bkz. Commissie-Koers, Kwaliteit & Diversiteit: rechtswetenschappelijk onderzoek in Nederland (2009); Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland (2012), tartışan: Stephan Lorenz, Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrats, 68 Juristenzeitung 704 (2013).

aynı zamanda pozitif hukuk incelemesi ile hukuk felsefesi ve teorisinin gittikçe birbirinden daha fazla ayrılması bu farklılaşmayı artırıyor. Hukuk felsefesi ve teorisi (aşağıda da göreceğimiz gibi) hukukun dışındaki alanlarla daha fazla bağlantı kurarken, pozitif hukuk incelemeleri her geçen gün köklerinden daha fazla izole oluyor. Hukuk teorisinden beklenebilecek şey şudur: kendisini en azından kısmen borçlar hukuku, anayasa hukuku ve ceza hukuku gibi, kendileri de daha sonra hukuk teorisinde geliştirilecek genel görüşlerden etkilenecek maddi hukuk alanlarına dayandırabilir. Hâlihazırdaki durum bunun çok uzağında. Doktrinel yapıtlarda John Rawls veya Amartya Sen gibi yazarların çalışmalarına pek az atıf bulunuyor<sup>7</sup>, hukuk felsefecileri de sadece hukuk araştırmacılarının geleneksel olarak uğraştıkları doktrinel tartışmalara, o da nadiren, atıf yapıyorlar. Bu eksiklikle ilişkili olarak hukuk araştırması çoğunca temel alanlar arasındaki bağlantıları görmezden geliyor: sözelimi, maddi hukukun alt dallarının izole edilmiş gelişimine katkıda bulunmak üzere, bu alanlardaki ortak ilkeleri teşhis etmeyi amaçlayan çalışmalara pek rastlanmıyor.

İkinci gelişme, hukuk araştırmalarının gittikçe daha az doktrinel ve daha çok disiplinlerarası hale gelmesi<sup>8</sup>. Özellikle ABD’de, “Hukuk ve ...” yaklaşımları 1960lardan beri oldukça canlanmış durumda. Thomas Ulen şöyle diyor: “hukuk araştırmacılığı rutin hukuki soruşturma yapmanın oldukça farklı bir tarzının sınırına gelmiş

bulunuyor. Kısaca söylemek gerekirse, bu değişim hukuku, üniversitedeki, ‘bilim’ yaptıklarına inanan diğer disiplinlere benzer hale getiriyor”<sup>9</sup>. Benzer bir gelişime, doktrinel çalışmanın, hukuk araştırmacılığının doruğu olma statüsünü hızla kaybettiği Avrupa’da da görülüyor.<sup>10</sup> Bu gelişimi açıklayabilecek pek çok neden var. Bunlardan biri, hukukun ve politikanın ne olması gerektiği sorularının, sadece doktrinel çalışmanın yalnız başına cevaplayabileceği sorular olmadığı şeklindeki mükemmel argüman. Bu soruların cevaplanması çoğunca iktisat, psikoloji, sosyoloji vb alanlardan görüşlerin dikkate alınmasını gerektirir. Hukuk “sistemi” üzerine çalışmak, doktrin çalışanların tipik olarak yaptığı gibi<sup>11</sup>, en iyi haliyle tamamlanmamış bir resim sunar. Disiplinlerarası çalışmanın yükselişinin bir başka nedeni kurumsaldır. Kuzey Amerika’da hukuk gittikçe artan bir şekilde iktisatçılar, felsefeciler, psikologlar ve edebiyat kuramcıları tarafından inceleniyor. Bunun, söz konusu araştırmacıların hukuk okullarında istihdam ediliyor olmaları gibi çok basit bir açıklaması var. Hukuk dışı disiplinlerin temsilcileri, yenilikçi çalışma yapmanın önemine dair daha açık bir vurgu yapma eğilimindedir<sup>12</sup>. Avrupa’da ise disiplinlerarası hukuk çalışmalarına daha fazla ilgi gösteriliyor olmasına neden olan şey, kamu üniversitelerine fon aktarılmasındaki kurumsal değişim. Eskiden hukuk okullarına araştırma için ayrı bir bütçe tahsis edilirdi. Şimdi ise Avrupa üniversiteleri parayı üniversitelere dağıtırken hakemli dergilerde yayımlanmış makale sayısı ve doktora

<sup>7</sup> Ör. bkz. John Rawls, A Theory of Justice (rev. ed. 1999); Amartya Sen, The Idea of Justice (2009). Bu, çoğunlukla hukuk pratiğinde hakim olan sorunlarla doğrudan ilgili olan Hukukun Ekonomik Analizinden farklıdır. Muhtemelen en iyi bilinen örneği: Richard A. Posner, Economic Analysis of Law (8th ed. 2011).

<sup>8</sup> Richard A. Posner, The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987, 100 Harv. L. Rev. 761 (1987); karş. Brian Tamanaha, Law as a Means to an End 151 (2006) (“Bir monografi yazmak, hukukçu akademisyenin ulaşabileceği zirve noktasıdır.”).

<sup>9</sup> Thomas L. Ulen, A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law, 2002 U. Ill. L. Rev. 916 (2002) (“Yirmi yıl önce prestij ve akademik övgü, kürsüye [yargıçlara] ve baroya [avukatlara] gözle görünür bir etkiye sahip olan hukukçu bilimsanlarına aitti.”)

<sup>10</sup> Ör. bkz. Christopher McCrudden, Legal Research and the Social Sciences, 122 L.Q. Rev. 632, 641 (2006) (“ayrı bir meslek olarak hukukçu bilimsanlığı düşüncesini sarsabilecek bir hukuk yaklaşımının büyümekte olduğunu” işaret eder).

<sup>11</sup> Hukuk doktrinine dair bu niteleke için bkz. Jan B.M. Vranken, Exploring the Jurist’s Frame of Mind 1 (2006), ve tarihsel açıklama için bkz. Jan Schröder, Recht als Wissenschaft (2001).

<sup>12</sup> Ör. bkz. Neil H. Buchanan, Why Interdisciplinary Legal Scholarship Is Good for the Law, the Academy, and Society at Large, Justia blog (Jan. 9, 2012) (<http://verdict.justia.com/2012/01/19/whyinterdisciplinary-legal-scholarship-is-good-for-the-law-the-academy-and-society-at-large>). Hukuk araştırmalarındaki yenilik için bkz. Mathias M. Siems, Legal Originality, 28 Oxford J. Legal Stud. 147 (2008).

savunması sayısı gibi performans göstergelerini dikkate alma eğilimindeler. Bunun anlamı şu: Hukuk fakülteleri diğer fakültelerle her geçen gün daha fazla rekabet etmek durumunda. Yani faaliyetlerini geleneksel şekilde devam ettirirken ciddi bir baskı altındalar. Diğer alanlara açık hale gelme durumu, Alman yazar R  x'e, hukuki araştırmacılığın, diğ  r alanların stepneliğ  yle sonuçlanacağı, otonom karakterini kaybedeceği yorumunu yaptırtır<sup>13</sup>. Balkin, ABD'deki hukuk araştırmalarının benzer bir "sömürgeleşme" tehlikesi altında olduğına işaret eder<sup>14</sup>.

    nc   gelişme, ikinciyle yakından bağlantılı: araştırma ile   ğretim arasındaki ayırımın keskinleşmesi ve hukuk mezunlarının hukuk uygulaması için yeterince donanımlı olmadığına dair artan kaygı<sup>15</sup>. Hem Kuzey Amerika hem de Avrupa'da günümüzdeki hukuk öğretiminin öğrencileri k  rs   ve baro için mümkün en iyi tarzda hazırlayıp hazırlamadığı sorgulanır hale geldi. ABD'de bu, seçkin hukuk okullarında "Hukuk ve ..." yaklaşımlarından uzaklaşmak ve maddi hukuka daha fazla ilgi göstermek için bir mazeret oluşturdu<sup>16</sup>. Avrupalı uygulamacılar da hukuk mezunlarının niteliğı hakkında kaygı duyar oldular; sonuçta da ders programının ideal i  eriğ  i ve uzunluğ  u hakkında yoğun tartışmalar yapıldı. Sözgelimi, Institut d'  tudes politiques de Paris'te (SciencesPo) mezuniyet sonrasında iki yıllık bir hukuk   ğretimi sunan (Avrupa bağlamında hiç beklenmeyecek bir şey) yeni bir hukuk okulu a  ılması, Fransız hukuk  ları arasında şiddetli tartışmalara neden oldu<sup>17</sup>. Aynı zamanda hukuk pratiğ  i için

gerekli olan şeyler elbette ki kutsal değil. Eğer   ğretim ve araştırma birliği, peşine düşülecek Humboldt  u bir idealse, pek çok kişi bu idealin artık karşılanmadığını ve dolayısıyla hukuk araştırmalarının liberal eğitimin (*Bildung*) ideallerine daha çok uyması gerektiğ  ini söyleyecektir<sup>18</sup>. Halletmemiz gereken mesele, hukuk pratiğinin (avukatlardan, ihtilaflardan ka  ınmaya ve ihtilafları halletmeye dair hukuki ve alternatif mekanizmaları bilen maharetli problem   z  c  ler olmasını isteyen) değişen ihtiyaçları ile   niversitenin yerine getirmesi gereken yüksek ideallerin uzlaştırılmasıdır.

Hukuk araştırmalarının krizde olduğu düşüncesine katkı yapan dördüncü ve son faktör, uluslararasılaşma ile enformasyon toplumunun yükselişi gibi muazzam toplumsal gelişmelerle nasıl başa çıkacağımız hakkındaki belirsizliktir. Tanınmış İngiliz yazar Richard Susskind, pek çok avukatın devam etmekte olan diğital ve teknolojik devrim sürecinin kurbanı olacağını güçlü bir şekilde savunur<sup>19</sup>. Adli yardımın standartlaştırılması, hukuki çalışmanın, ihtisaslaşmış hukuki hizmet ihtiyacını ortaya çıkarmak üzere, başka kaynaklardan sağlanması neden olacak gibi görünüyor. Hukuk araştırmacıları ise, diğital çağın sonu  clarını sadece kendi araştırmaları ve yaptıkları   ğretim açısından düşünmeye başlayabildiler. Uluslararasılaşma bir başka büyük mesele. Belki de Avrupa'da son birkaç on yıldır en göze çarpan gelişme ulusal hukuktan ziyade uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk araştırması ve öğretimine yoğunlaşılıyor olması. Bunun birincil nedeni, devletin çıkardığı normların

<sup>13</sup> R  x, yuk. dn. 5, s. 4.

<sup>14</sup> J.M. Balkin, Interdisciplinarity as Colonization, 53 Wash. & Lee L. Rev. 949, 965 (1996) ("Böylece, tam da mesleki statüsünden dolayı, hukuk incelemesi disiplinin elinden alınacağı boynu bükük bir   ocuk gibi görünmekte. Ve esasında, hukuk araştırmacılığının geçtiğimiz yirmi-otuz yılının hik  yesi, süregiden bir işgali anlatıyor.").

<sup>15</sup> Bu konuda hala en iyi atıf olmayı sürdüren eser için bkz. Harry T. Edwards, The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession, 91 Mich. L. Rev. 34 (1992).

<sup>16</sup>   r. bkz. David Segal, What They Don't Teach Law Students: Lawyering, N.Y. Times, Nov. 19, 2011, at A1.

<sup>17</sup>   r. bkz. Herv   Croze & Christophe Jamin, Formation des jurists: dialogue entre cuisinier et gastronome, La Semaine

Juridique (Sept. 3, 2012), at 1551; see also Christophe Jamin, La cuisine du droit (2012). Bu konuda ve diğ  r Avrupa   lkelerindeki gelişmeler için bkz. Jan M. Smits, Three Models of Legal Education and a Plea for Differentiation, 3 China E.U. L.J. (2013).

<sup>18</sup>   r. bkz. Martha C. Nussbaum, Cultivating Humanity in Legal Education, 70 U. Chi. L. Rev. 265 (2003); Anthony T. Kronman, Education's End (2007); Margaret Thornton, The Idea of the University and the Contemporary Legal Academy, 26 Syd. L. Rev. 1 (2004). Genel bir perspektif için bkz. George Steiner, Universitas? (2013).

<sup>19</sup> Bkz. Richard Susskind, The End of Lawyers? (2008); Richard Susskind, Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future (2013).

normatif otoritesinin azalması<sup>20</sup>. Ayrıca, özel hukuk, ceza hukuku ve anayasa hukuku gibi geleneksel alanlar içerisinde, kendilerine ait akademik dergileri, anabilim dalları ve toplantılarıyla birlikte, “Avrupa özel hukuku”, “Avrupa ceza hukuku” ve “Avrupa anayasa hukuku” gibi tümüyle yeni olan alanlar türedi. Bu alanların uluslararasılaşmış türevleri, çoğunlukla halen mevcut olan yerel disiplinlerden uzak duruyorlar. Dolayısıyla uluslararasılaşma ulusal bağlamda, biri kendi ana dillerinde yayın yapan ulusal yönelimli akademisyenler, diğeri sayıları her geçen gün artan, çoğu uluslararası muhatapları için İngilizce yazan uluslararası alanda aktif araştırmacılar arasında ayırma yol açmış bulunuyor. Kuzey Amerika’da hukuk araştırmalarının uluslararasılaşması daha az etkili ancak önemsiz de değil. Sözelimi, Martha Nussbaum, öğrencilerini “küresel vatandaşlık” a hazırlama ihtiyacından bahsediyor<sup>21</sup>. Ona göre, öğrencileri sadece kendi ülkelerinin veya yerel topluluklarının vatandaşı değil, dünya vatandaşı olacak. Ne var ki bunun nasıl gerçekleştirileceğine dair basit bir cevap yok. Öğretimle ilgisi açısından, bu ilgilerin kılık değiştirmiş bir şekilde ders programının daha uluslararası tarzda yeniden düzenlenmesiyle ortaya çıktığını görüyoruz. Uluslararasılaşmanın etkileri hakkındaki araştırma, kamusal ile özel, ulusal ile uluslararası arasındaki, uzun yıllardır var olan ayırımların üstesinden gelmek durumunda<sup>22</sup>.

Bu dört gelişme çerçevesinde, hukuk araştırmaları alanının oldukça farklı bir doğaya sahip çok hızlı bir değişime tabi olduğu sonucunu çıkartmak hiç de zor değil. Ancak yine de “kriz” terimi fazla olabilir. Zira mezkûr gelişmelerin hem

negatif hem de pozitif etkileri var. Kesin olan şu: hukuk araştırmalarındaki canlılığın kanıtını oluşturuyorlar. Temeller hakkındaki tartışma oldukça sarsıcı<sup>23</sup> ve hatta, Almanya’da olduğu gibi<sup>24</sup>, gazetelere bile yansıyor. Bazı hukukçu akademisyenlerin kriz dediği şey aynı zamanda hukuk araştırmaları alanının dışarı karşı aşırı açık olmasının ve dinamik karakterinin kanıtı olarak da görülebilir. Bu anlamda hukuk araştırmacılığı bugün otuz yıl öncesinde olduğundan çok daha zengin ve heyecan verici. Fakat elbette bu dinamizm sorunsuz değil. Yaklaşımların zenginliğindeki negatif yön, hukuka yönelmiş akademik yaklaşımların hepsini bir araya getiren bir şemsiye teorisinin yokluğu. Doktrinel, karşılaştırmalı, iktisadi, psikolojik, ampirik ve edebi hukuk yaklaşımları ortak bir şeye sahip mi? Bu soruya cevap verilmedikçe, söz konusu disiplinlerarası araştırmaların hukuka ne kattığını bilemeyeceğiz. Öyleyse, (herhangi bir türdeki) hukuk araştırmasının merkezinde neyin bulunduğunu araştırmamız gerekiyor. Hukuk araştırmacılığının sorduğu bu temel sorunun sorgulanmasının akademik gündemin üst sıralarında olmaması şaşırtıcı. Fizik ve biyolojiden iktisat ve edebiyat çalışmalarına kadar diğer alanlar, kendi alanları hakkında birkaç merkezi soruyu teşhis edebiliyor. Hatta hukuk diğer disiplinler tarafından sömürgeleştirilmeye bugüne dek direnebilmişse bile<sup>25</sup>, yine de, daha dayanıklı bir akademik metodolojinin geliştirilmesi ve hukuk araştırmacılığının sorduğu tipik sorunun araştırılması ihtiyacı söz konusu. Sadece bu şekilde, hukukun neden dışsal etkiye dirençli görüldüğünü anlayabiliriz. Öyleyse hukuk hakkındaki

<sup>20</sup> H. Patrick Glenn, Com-paring, in Comparative Law: A Handbook 91, 96-97 (Esin Özücü & David Nelken eds., 2007).

<sup>21</sup> Martha C. Nussbaum, Cultivating Humanity in Legal Education, 70 U. Chi. L. Rev. 265 (2003); Martha C. Nussbaum, Cultivating Humanity: A Classical Defense of Reform in Liberal Education (1997).

<sup>22</sup> Bunun gerçekleştirilebilmesi için, sunulmuş katkıları bir araya getirme denemesi olarak bkz. Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking (Miguel Maduro et al. eds., forthcoming 2014).

<sup>23</sup> Balkin, yuk. dn. 14, s. 970 (“Artık hukukçu bilimsani yarışan disiplinler ve yaklaşımların baş döndürücülüğüyle

karşı karşıya. Hukuk, akademik fikirler ve trendler için bir buluşma alanı haline gelmiş durumda.”). Hollanda açısından benzer bir görüş için bkz. J.B.M. Vranken, Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap, 141 Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 318 (2010).

<sup>24</sup> Hans Michael Heinig & Christoph Möllers, Kultur der Kumpanei, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Mar. 24, 2011 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-kultur-der-kumpanei1610253.html>) ve aynı sayıda verilen çok sayıda karşılık.

<sup>25</sup> Balkin’in (yuk. dn. 14, s. 949) gösterdiği gibi.

araştırmaları bir araya getiren soruyu teşhis etmemiz gerekiyor.

### III. Hukuk Araştırmalarının Kaçınılmaz Normativitesi

Hukuka yönelmiş farklı akademik yaklaşımları kesin şekilde birbirinden ayırmak sık rastlanmayan bir şey değil. Doktrinel yaklaşım hukukun belirli bir alt alanında bir "sistem" geliştirilmesine odaklanırken, karşılaştırmalı yaklaşım asıl olarak farklı hukukları karşılaştırır ve ampirik yaklaşım, hukuk kurallarının topluma olan etkisini belirlemeye yoğunlaşır. İktisadi, edebi ve psikolojik hukuk yaklaşımları da kendi amaç ve metotlarına sahiptir. Aynı şekilde doktrinel analiz ile eleştirel çalışma, *Geisteswissenschaften*'in (beşeri disiplinler) parçası anlamında sosyal bilim olarak hukuk ile normatif faaliyet arasında da ayırım yapılır<sup>26</sup>. Cevaplanması gereken soru, bu yaklaşımların, bakış açısı önemli olmaksızın, gerçekten varsayıldığı ölçüde birbirinden farklı olup olmadığı veya hukuk araştırmasının merkezinde birleştirici bir soruya ortaklaşa sahip olup olmadıklarıdır.

Başka bir yerde tartıştığım gibi<sup>27</sup>, hukuk araştırmacılığının nihai sorusunun, hukukun ne olması gerektiği sorusu olduğunu düşünüyorum<sup>28</sup>. Hukuk disiplini, bireylerin, şirketlerin, devletlerin ve diğer organizasyonların neyi yapması gerektiğini yahut neyi yapmaktan kaçınması gerektiğini yansıtır. Tipik hukuki sorular şunlardır: kişinin çocuğunu mirasçılıktan çıkarmasına izin verilmeli midir, bir ceza türü olarak idam cezası uygulanmalı mıdır, savaş ilanı hangi şartlar altında haklı olur, kanunların anayasal denetimine hangi şartlar altında izin verilmelidir, kaza yapmış bir geminin sağ kalmış mürettebatı hayatta

kalabilmek için aralarındaki en zayıf kişiyi yiyebilir mi? Bu açıdan, hukuki araştırmacılığın amacı, hukuk hakkında belli bir şekilde düşünmeyi mümkün kılmaktır. İktisatla küçük bir karşılaştırma yapalım. İktisatçılar herhangi bir verili ekonomiye uygulanabilecek (Nobel ödüllü Gary Becker'in sözleriyle) "hayata iktisadi bakma yolu" gibi bir şey olduğunun daima farkındadırlar<sup>29</sup>. Hukuka kural koyma gözlüğüyle, yapılması hukuken doğru olan şeyin ne olduğunu sorarak bakmak<sup>30</sup>, aynı zamanda belirli bir ülkenin maddi hukukuna yoğunlaşmaktan evrensel analiz metoduna geçme sonucunu da doğuracaktır. İktisatçılar (beşeri davranışı iktisadi açıdan açıklamaya çalışarak) *homo economicus*'un davranışını incelerken, hukukçu akademisyenler insanların fiili davranışını önceleyen bir soruya cevap vermeye çalışır: insan için hukuk tarafından yönetilmek (*homo juridicus*) ne anlama gelir ve insan nasıl hareket etmelidir?

Bu yaklaşım hukukun normatifliğini vurgulayan, yakında zamanda ortaya çıkmış teorilerle de uyumludur. Bilhassa "Yeni Özel Hukuk" hareketi, "özel muamelelerin (yani, sivil toplumdaki muamelelerin) normatif boyutunu yeniden ele geçirme çabası" olarak nitelenmektedir<sup>31</sup>. Yeni Özel Hukuk, hukuku sadece devletin koyduğu buyruklar olarak değil, belirli davranış normlarını teşhis etme tarzı olarak görüyor. Bu programdaki ilginç olan şey, hukuktaki kavramsal yapılar arasındaki nüansları ve hukuk doktrininin karmaşık gerçekliğe dair çözüm sunma yönündeki büyük potansiyelini yeniden görmesidir<sup>32</sup>. Yine de, Yeni Özel Hukuk hareketiyle anılan yazarlar yaklaşımlarının sonucu olan hukuk araştırmacılığının amacını tam olarak dile getirmiyorlar. İlgili davranış normlarının nasıl teşhis edileceği ve hukuk doktrininin ve

<sup>26</sup> CAL manifestosu, yuk. dn. 1, s. 3.

<sup>27</sup> Smits, yuk. dn. 4, s. 41.

<sup>28</sup> Oldukça farklı bir öneri için bkz. Geoffrey Samuel, Is Law Really a Social Science? A View from Comparative Law, 67 Camb. L.J. 288 (2008). Samue, (en azından medeni) hukukun nihai amacının; hukuki bilginin düzenlenmesinde doktrin, simetri, yapı ve rasyonalite arayışı olduğunu söyler.

<sup>29</sup> Gary S. Becker, The Economic Way of Looking at Life, Nobel Lecture in Economics (1992); cf. Steven D. Levitt & S.J. Dubner, Superfreakonomics 13 (2009) (iktisat bir inceleme konusu değildir, "dünyayı biraz farklı bir şekilde inceleme kararıdır").

<sup>30</sup> Karş. Edward L. Rubin, The Practice and Discourse of Legal Scholarship, 86 Mich. L. Rev. 1835, 1847 (1988); Michael J. Sandel, Justice: What's The Right Thing To Do? (2009).

<sup>31</sup> John C.P. Goldberg, Introduction: Pragmatism and Private Law, 125 Harv. L. Rev. 1640, 1661 (2011); aynı zamanda bkz. Symposium, yuk. dn. 3, & Eike Götz Hosemann, "The New Private Law": Die Neue amerikanische Privatrechtswissenschaft in historischer und vergleichender Perspektive, Max Planck Private Law Research Paper No. 13/29 (2013).

<sup>32</sup> Karş. Goldberg, yuk. dn. 31, s. 1656.

disiplinlerarası yaklaşımların buna nasıl katkıda bulunabileceği soruları yanıtlanmamış bulunuyor. Yine, farklı hukuk yaklaşımlarına müşterek bir bağlam sağlayan bir kapsayıcı çerçeve de eksik kalıyor.

Bana göre, hukuki araştırmaları hukukun ne olması gerektiği hakkındaki soruşturmanın metodu olarak gören yaklaşım, bize müşterek bir bağlam sunabilir. Hukuka normatif yaklaşımın merkezinde, kişinin hukukun ne yapması gerektiğine dair tek bir cevap vermenin imkânsız olması yatar<sup>33</sup>. Hukuk araştırmalarının amacı, normatif belirsizliğe bir son vermek değil, bu belirsizliği bir başlangıç noktası yapmaktır. Zira hukuk, doğası itibarıyla yapılması gereken doğru şey hakkında konsensüse varmayı imkânsız kılar. Bu da hukuk araştırmalarını, çatışan argümanlar disiplini haline getirir<sup>34</sup>. Hukukta, doğru cevabın ne olduğuna dair tartışma yürütmek daima mümkündür. Farklı şekilde söylersek, hukuki yaklaşımı uygularken, adil toplumun ne olduğunu araştırmamalı, benzer sorunlar için alternatif cevaplar bulmaya çalışmalıyız.

Böyle bir hukuki araştırmalar nosyonunun, hukukun ulus devletteki rolüyle telif etmenin zor olması şaşırtıcı değil. Ulus devletlerin yükselişiyle, devletlerin topraklarında aynı anda birden fazla normatif düzenin varlığına izin vermeye istekli olmayışları sonucunda, sadece tek bir hukuk (*ius unum*) kabul edildi<sup>35</sup>. Ne var ki bu sadece son 200 yıl açısından geçerli. Modern öncesi dönemde pek çok hukuk aynı anda var oldu ve hukuk öğrencileri birden fazla hukuk, misal, Roma hukuku ve Kilise hukuku, müşterek hukuk ve ticaret hukuku, veya Roma hukuku ve milli hukuk, öğrendiler. Bütün bu hukukların kendilerine ait bir rasyonalitesi vardı ve hepsini tek bir başlık altında eritmek

çok zordu. Hukuk mezunlarının günümüzde aldığı akademik derecelerin isimleri, bize hala bu pratiği hatırlatır<sup>36</sup>. Farklı hukuk sistemlerinin incelenmesinin hukukun ne olduğu hakkında, tek bir hukukun tek yanlı incelenmesinin kazandıracağından daha fazla anlayış sağlayacağına inanıyorum.

Bu yaklaşım disiplinlerarası hukuk çalışmasının rolüne dair daha iyi bir fikir verebilir. Eğer hukuki araştırmalar alanı, çarpışan normatif görüşleri ve bunların sonuçlarını göstermekle ilgiliyse, diğer disiplinlerle bağlantısı daha açık hale geliyor. Diğer disiplinler hukukun ne olması gerektiği yönündeki farklı görüşleri açığa çıkarmaya yardım edebilir. Zaten aşına olduğumuz hukuktan yahut hukuki çözümden uzaklaşmamızı/yabancılaşmamızı sağlayabilirler<sup>37</sup>. Bu, doktrinel olmayan hukuk yaklaşımlarını normatif bağlama yerleştirir. Fakat ben sadece hukuk araştırmalarının asıl amacının alternatifler sunmak suretiyle hukukun olumsuzluğunu göstermek olduğunu iddia etmiyorum. Aynı zamanda şunu da söylüyorum: “Hukuk ve ...” yaklaşımları, kaçınılmaz olarak normatiflerdir. Hukuk hakkındaki anlamlı bir disiplinlerarası çalışma sadece hukukun ne olması gerektiğine dair normatif bağlamda yer alabilir. Aksi iddialara rağmen, bunun anlamı, diğer disiplinlerin kabul edilmesi gereken doğru çözümün ne olduğuna dair “ciddi” bir bilgi sunamayacağıdır. Bu iddiamı bazı diğer yaklaşımları tartışmak suretiyle kanıtlamaya çalışacağım.

Hukukun olumsuzluğunu göstermeye yardımcı olabileceğine dair en göze çarpan doktrinel olmayan yaklaşım, karşılaştırmalı çalışmadır. Başka hukuklarla yapılacak karşılaştırma, bu hukuklar hâlihazırda mevcut olsunlar (karşılaştırmalı hukuk disiplini) veya olmasınlar (hukuk

<sup>33</sup> Smits, yuk. dn. 4, s. 58.

<sup>34</sup> Aynı yer; aynı zamanda bkz. Joseph William Singer, Normative Methods for Lawyers, 56 UCLA L. Rev. 899, 911 (2009); Rubin, yuk. dn. 30, s. 1893 (“Normların çatışması, normatif temelli araştırmacılığın özüdür... Standart hukuk araştırmacılığının tek meselesi, çatışan normatif görüşlerin pragmatik sonuçlarını ortaya çıkarmak ve karşılaştırmaktır.”)

<sup>35</sup> Bkz. H. Patrick Glenn, A Transnational Concept of Law, in The Oxford Handbook of Legal Studies 839 (Peter Cane & Mark Tushnet eds., 2003).

<sup>36</sup> Bazı terimlerin kullanımında aşık bir durum: LL.B (legum baccalaureus veya Bachelor of Laws), LL.M (legum magister veya Master of Laws) and LL.D (Doctor of Laws). Bkz. Jan M. Smits, European Legal Education, or: How to Prepare Students for Global Citizenship?, 45 Law Teacher 163 (2011).

<sup>37</sup> Aynı zamanda bkz. Lavi, yuk. dn. 2, s. 817 (“Yabancılaştırma (yahut uzaklaştırma) ... hukukun ne olduğu sorusuna verilecek alternatif cevapların teşhisi açısından faydalı bir yöntemdir.”).



tarihi), yabancılaşmanın en güçlü metodudur. Bilhassa, dini hukuklar, Batılı olmayan hukuklar yahut antik toplumların hukukları gibi köklü farklılıkların olduğu hukuklarla yapılacak karşılaştırma, alternatif çözümler sunmak suretiyle, hukukun doğasını anlamaya yardımcı olabilir. Bunun yanında diğer hukuklarla yapılan karşılaştırma, hiçbir zaman hukukun ne olması gerektiğine dair kesin bir sonuç vermez. İngiltere'deki *McFarlane v. Tayside Health Board*<sup>38</sup> davasında Lord Steyn şöyle demişti: “Karşılaştırmalı hukuk disiplini başka ülkelerde benimsenmiş çözümleri sıralayıp en fazla rağbet görenini kabul etmeyi amaçlamaz. Fikirler yarışırken onları birbirine tercih etmemizde bakışımızı keskinleştirmenin farklı ve çok değerli bir yoludur.” Bu, hukuki karşılaştırmanın faydasını gösterir: belli bir iddiayla farklı hukukların nasıl başa çıktıklarını fark etmeye yarar ve böylece kişi kendi hukuk sistemi için esin elde eder.

Belli kuralların benimsenmesi için güçlü ölçütler sunma kabiliyeti konusunda oldukça iddialı olan bir alan, Hukukun Ekonomik Analizidir. Normatif Hukuk ve İktisat, muhtemelen vatandaşların bireysel tercihlerinin tamamını içeren en fazla toplumsal refahı üreten hukuk kurallarının kabul edilmesi gerektiğini söyler<sup>39</sup>. Bu yaklaşımın sahip olduğu büyük değer, karşılaştırmalı hukukun ve hukuk tarihinin de aynı şekilde yaptığı gibi, hali hazırda kabul edilmiş olan çözümler için potansiyel alternatiflerin bulunduğunu göstermesidir. Sözleşme hukukundaki esaslı ihlal<sup>40</sup> ve haksız fiil hukukunun<sup>41</sup> veya anayasa hukukunun<sup>42</sup> ekonomik analizi, farklı ulusal hukuklarda nasıl farklı çözümlere ulaşılabilirliğini gösterir. Bu, ekonomik analizi, hukuka doktrinel ve karşılaştırmalı hukukla aynı normatif bağlama yerleştirir. Ne var ki, bu

metot, insanların ne yapması gerektiğine dair belirsizliğin ortadan kaldırılması için gereken rehberliği sağlamaktan çok uzak. Aksi iddialar bulunsun da, ekonomik analiz, normatif tartışmadan kaçamaz. Mesele sadece belirli bir tercihe atfedilecek parasal değer ne olduğunun tartışılması değil, aynı zamanda toplumun temel hedefinin bireysel tercihlerin tatmin edilmesiyle daha müreffeh kılınması olduğu şeklindeki ekonomik analiz öncülünün herkes tarafından kabul edilmeyeceği de söz konusu<sup>43</sup>.

Hukuk araştırmalarına benzer sorunlar için farklı çözümlerin olumsuzluğunu analiz etme metodu olarak bakmak, Hukuk ve Edebiyat alanı için bu zorunlu bağlamı sağlayacaktır. “Hukuk ve Edebiyat” hareketi, bilhassa, hukukun ne olması gerektiği hakkındaki alternatif anlatıları gösterir. Yine, hukuk metinleri ile yazarların hukuku ve hukuki ihtilafı nasıl anladıklarının çatışması, pek çok doktrinel çalışmada görülmeyen “olması gereken” sorununa tamamlayıcı bir perspektif sağlayabilir<sup>44</sup>. Bu aynı zamanda şu anlama gelir: Hukuk ve Edebiyat yaklaşımı “yüksek edebiyat” ile sınırlandırılmamalıdır zira ne olması gerektiğine dair alternatif kaynakları dikkate almak için, (bazen “Hukuk ve Popüler Kültür” olarak atıf yapılan<sup>45</sup>) filmler ve müzik gibi çok daha geniş bir alan bulunuyor. Hip-hop sözleri, sözgelimi, nüfuzlu bir altkültürde hukukun nasıl algılandığını gösteren verimli bir kaynaktır. Bu şarkı sözleri, esasında çok geniş bir antropolojik çalışmayla ulaşılabilir belli bir adalet görüşüne kolayca erişmeyi sağlar<sup>46</sup>.

Üçüncü yaklaşım ampirik çalışmalardan müteşekkil. Hukuk ve Edebiyattan farklı olarak, fakat daha çok Hukukun Ekonomik Analiziyle aynı çizgide, Ampirik Hukuk Araştırmaları sıklıkla, hangi kuralların “işlediği” ve

<sup>38</sup> 2000 S.C. (H.L.) 1, 15.

<sup>39</sup> Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* 3 (2002).

<sup>40</sup> Karş. Posner, yuk. dn. 7, bölüm 4.

<sup>41</sup> Ör. bkz. *Tort Law and Economics* (Michael Faure ed., 2009).

<sup>42</sup> Richard A. Epstein, *Economics of Constitutional Law* (2009).

<sup>43</sup> Bkz. Singer, yuk. dn. 34, s. 916; Smits, yuk. dn. 4, s. 62.

<sup>44</sup> Ör. bkz. Robert Weisberg & Guyora Binder, *Literary Criticisms of Law* (2000). An overview of the Law and

Literature movement is provided by Jeanne Gaakeer, *Law and Literature*, in *IVR Encyclopedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law* (ivr-enc.info).

<sup>45</sup> Bu hareketteki pek çok farklı perspektif için bkz. *Law and Popular Culture* (Michael Freeman ed., 2005).

<sup>46</sup> Bu alternatif görüşleri ortaya çıkarma yönündeki bir deneme için bkz. Jan Smits et al., *If You Shoot My Dog, I'ma Kill Yo' Cat: An Enquiry into the Principles of Hip-Hop Law*, 62 *Ars Aequi* 99 (2013).

hangilerinin işlemediğini gösteren “ciddi” kanıtlar sunabileceği iddiasındadır. Bu bir mantık hatası, zira hukukun ampirik analizi de normatif bağlamda yer alır. Sözgelimi, Richard Posner’in “Pragmatizm”i, “daha ampirik, daha gerçekçi, hakiki insanların hakiki ihtiyaçlarına daha çok yönelmiş” bir yaklaşım olarak sunulur<sup>47</sup>. Bununla birlikte bu “hakiki” ihtiyaçların ne olduğunu belirlemek daima normatif bir yargıdır. Ampirik çalışma, belli bir kuralın hedeflerine ulaşabilmesinin mümkün olup olmadığını keşfetmek için çok kullanışlı olabilir, fakat –Yeni Özel Hukuk’ta çok doğru bir şekilde işaret edildiği gibi<sup>48</sup>– hukuk daima araçsal değildir. Ayrıca, ampirik kanıtlar, bir kuralın “başarı”sını ölçmede nihai ölçüt olamaz. Eğer şimdiye kadar yoğun bir şekilde yapılmış ampirik bir çalışma varsa, o da idam cezasının caydırıcılığı hakkındadır<sup>49</sup>. Ne var ki, bu konudaki (tek bir yöne nadiren işaret eden) herhangi bir ampirik bulgu, ilgili kural hakkında karar verirken daima diğer karşıt faktörlerle çarpışmak durumundadır. Bu, ampirik çalışmayı doğası itibarıyla normatif kılar. Aynı şekilde, ampirik çalışmanın gösterebileceği, belli bir siyasa hedefine ulaşmak için hukuku araç olarak kullanmanın etkili olup olmayacağıdır. Bu, hangi alternatif yolun seçilmesinin iyi olabileceğiyle ilgili tartışmaya, kesin bir kanıt sunmaksızın, bilgi sağlayarak katkıda bulunur. Esasında ampirik hukuk çalışması çoğunlukla bu şekilde kullanılır: farklı (muhtemel) çözümlerin etkililiğini ölçme. Bunun, elinizdeki makalenin “Hukuk ve ...” yaklaşımlarının kaçınılmaz olarak normatif oldukları şeklindeki iddiasına uyduğunun ve bunun da, “olması gereken” sorusuna alternatif cevaplar vermek suretiyle, hukuk araştırmalarının zenginliğine önemli bir katkı olduğunun altını çizmek isterim. Bu görüşün hukuk araştırması ve öğretimi açısından sahip olduğu bazı sonuçlara bakabiliriz artık<sup>50</sup>.

#### IV. Sonuç Olarak:

##### Müstakbel Araştırmalar ve Öğretim Açısından Bazı Sonuçlar

Yukarıda, hukuk araştırmaları alanının çoğunlukla normatif bir teşebbüs, bir sosyal bilim yahut da beşeri disiplinlerin bir parçası olarak karakterize edildiğini gördük. Bir başka yaygın ayırım ise, hukukun doktrinel analizi ile eleştirel çalışma arasında yapılır. Hukuk metinleri ve normlarına disiplinlerarası ilgi hakkında yukarıda dile getirilen görüş, bu yaklaşımları tekleştirilmiş bir hukuki analiz metodu önermek suretiyle bir araya getirir. Eğer hukuk araştırmalarının amacı insanların ve örgütlerin ne yapması ve yapmaması gerektiği hakkındaki normatif soru hakkında düşünmek ise, bu konuda bize enformasyon sağlayacak herhangi bir alan da söz konusu soruyla ilgili demektir. Öyleyse hukuk araştırmalarının amacı verili sorunlara alternatif cevapları göstermektir, ki bu da esasında alanı kendiliğinden ciddi ölçüde disiplinlerarası yapar. Her şey bir kenara, bu soruya sadece tek bir hukuk sistemi temelinde cevap vermek tartışma götürmez ölçüde tek yanlı olacaktır. Bu sadece (mevcut olsun olmasın) diğer hukuk sistemlerinin zaten mevcut olan incelemeye tabi tutulmasına devam edilmesi için bir çağrı değil, aynı zamanda hukuki olmayan yaklaşımların da dahil edilmesi için bir davettir. Hukukun tastamam resmi (yani, bütün türevleriyle hukuk) sadece bütüncül bir yaklaşımla elde edilebilir. Bunun, hukuk araştırması ve öğretimi için pek çok sonucu bulunuyor.

Öncelikle, bunun anlamı, bir disiplin olarak hukukun otonomisinin, hukuk normları ile hukuki olmayan normların keskin bir şekilde birbirinden ayrılması üzerinde yükselmediğidir. Bilakis, hukuk araştırmalarının otonomisi, tam cevabı sadece hem hukuki hem de hukuki olmayan yaklaşımların birlikteliğiyle verilebilecek bir sorunun teşhisinde yatar. Bu hem insanların haklarını ve

<sup>47</sup> Richard A. Posner, *Overcoming Law* 19 (1995).

<sup>48</sup> Goldberg, yuk. dn. 31, s. 1658.

<sup>49</sup> Karş. Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs*, 58 Stan. L. Rev. 703 (2006).

<sup>50</sup> Bu makalenin temel iddiası, doğal olarak, diğer “Hukuk ve ...” yaklaşımları için de kanıt oluşturabilir elbette, fakat değişen bir şey olmazdı. Sözgelimi, *Critical Legal Studies* (see, e.g., Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (1987)), hukukun kesin sonuç verme niteliğinin doğru olmadığını gösteren, böylece mevcut çözümlerin olumsuzluğunu gösteren muhteşem bir çalışmadır.

yükümlülüklerini belirlemede (özel regülasyon da dahil olmak üzere) devlete ait olmayan normların gittikçe artan önemine<sup>51</sup> uyar, hem de geleneksel analizden daha geniş bir görünüme sahip analiz için imkan hazırlar. Eğer hukuki perspektiften insanların nasıl davranması gerektiği öğrenilmek isteniyorsa, sadece resmi hukuk normlarına bakmakla tatmin olunmamalı. Bilakis, iktisadi ve ampirik analizde ve edebiyat, filmler ve şarkı sözleri gibi hukuki olmayan metinlerde bulunabilecek hukuka alternatif açıklamalara bakılmalı. Hukukun ne olması gerektiği sorusuna dair enformasyonu sadece hukuk metinleri sağlamaz. Farklı bir şekilde söyleyecek olursak: hukuk araştırmalarının otonomisi, -Gary Becker'den alıntılanarak- "yaşama bakmanın hukuki yolu"nu önemsemekte yatar. Söylemeye gerek bile yok, böyle bir tekleştirici metot, aynı zamanda yukarıda belirtilen farklı hukuk yaklaşımları arasında daha iyi bağlantı kurulmasını da sağlar.

İkinci olarak, burada savunulan hukuk yaklaşımı, hukuk araştırmasını zorunlu olarak daha uluslararası kılar. Buna daha önce, hukuka normatif yaklaşımın, kişinin kendi ülkesinin sınırlarında duramayacağı söylenirken değinilmişti. Diğer hukukların, kişinin kendi hukuk sistemi gibi, "olması gereken" sorunu hakkında söyleyeceği çok şeyi vardır ve bu karşılaştırmalı ve tarihsel analizi bütünleştirme ihtiyacını artırır. Bu yaklaşımın başka bir avantajı, hukuk araştırmaları alanının üniversiteyle daha bütünleşmesini sağlamasıdır. Zira üniversitede hukuk hala, mesele inceleme nesnesinin (ulusal hukuk) köklerine ve hukuki yazma ve öğretme faaliyeti olan dil'e geldiğinde, bir köşede tek başına durmaktadır.

Üçüncüsü, hukuk metinleri ve normlarıyla daha fazla disiplinlerarası ilgilenme talebi, hukuk öğretiminde de farklı bir yolu gerektirir. Avrupa ve Kuzey Amerika'daki hukuk okulları arasında köklü farklılıklar varsa da, pozitif hukuka odaklanmış ulus-yönelimli/merkezli bir öğretim programı uygulama konusunda birbirlerine benzerler. Ders kitapları bir sorunun muhtemel çözümü üzerindeki belirsizliği mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırmaya

çalışır; şu anlama gelir bu: hukuk sunulduğu şekliyle vardır ve tartışmaya açık yahut olumsal değildir. Bu, elinizdeki makalede ortaya koyulan yaklaşıma açıkça zıttır. İdeal bir hukuk öğretim programı çatışan normatif görüşleri ve bunların sonuçlarını göstermek durumundadır. Yani öğrenciler tek bir hukuk sistemini öğrenmemeli, adalete ulaşmanın alternatif yollarıyla karşılaşmalıdırlar. Başlangıç noktası Kanada, Fransız yahut Hollanda hukuku değil, belli bir sorun ve bu sorunun farklı hukuk sistemlerinde yahut hukuki olmayan metinlerde nasıl çözümlendiğinin incelenmesi olmalıdır. Bu doğal olarak öğrencilere, zamanımızın gerektirdiği uluslararası ve geniş bir öğretim sağlayacaktır. Böyle, gerçekten uluslararası olan, hukukçu gibi düşünmenin ne anlama geldiğini öğreten bir öğretim programını, tek bir hukuk sisteminin hukukunda yapılan ihtisas izleyecektir<sup>52</sup>.

Hâsılı, bu makalede savunulan yaklaşım hukuk araştırmaları için bağlamsal bir model sunar. En önemli özelliği, hukuk araştırmalarının özerkliğinin bir analiz metodu öneriyor olmasında yattığını iddia etmesidir. Hukuk araştırmaları dünyaya insanların hukuk açısından ne yapmaları gerektiğini gösteren bir gözlükle bakar. Bu, eleştirel geleneğe tam olarak uyar zira "olması gereken" sorusu farklı şekillerde cevaplanabilir. Sadece ve sadece bu alternatif çözümler üzerinde düşündüğümüz takdirde hukukun zenginliğini tadabiliriz.

<sup>51</sup> İlginç bir paralellik, hukukun kaynaklarındaki çoğalma ile III. bölümde ele alınan modern öncesi dönemdeki kaynakların çokluğu arasında kurulabilir. Bir karşılaştırma için bkz. Nils Jansen, *Legal Pluralism in Europe: National Laws, European*

*Legislation, and Non-Legislative Codifications, in Pluralism in European Private Law* 109 (Leone Niglia ed., 2013).

<sup>52</sup> Daha fazla ayrıntı için bkz. Smits, yuk. dn. 4, s. 141.